

Les enjeux de la régulation

Perspective générale, exemples ferroviaires

In

Quelle régulation pour quel système ferroviaire

Colloque organisé par l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires (ARAF)

Maison de la Chimie, 26 mars 2014

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

Plan

INTRODUCTION

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation

- A. Les principes directeurs
- B. La palette des fins possibles
- C. Le jeu des fins

II. L'enjeu de la répartition des tâches pour atteindre les fins de la régulation

- A. Les opérateurs comme premières puissances
- B. Le *Deus Ex Machina* politique

Introduction

- Présentation générale des enjeux de la régulation
- Définition proposée de la régulation : appareillage d'institutions, de principes, de règles et de décisions dont l'objet et le but est de mettre en équilibre la concurrence et un autre principe, concurrentiel voire anticoncurrentiel
- La régulation est technique et s'élabore à partir des objets et des secteurs
- A chaque secteur sa régulation
- Mais :
 - Droit commun de la régulation : principes généraux que l'on retrouve dans tous les secteurs régulés : enjeux que l'on retrouve dans tous les secteurs régulés
 - Pertinence de prendre des exemples dans le secteur ferroviaire pour illustrer des propos généraux
 - Analogie d'autres secteurs régulés pour anticiper de prochains enjeux du secteur ferroviaire

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation

A. Les principes directeurs

1. Le caractère pragmatique du droit de la régulation

- Droit classique : le législateur formule une interdiction ou une prescription de comportement.
Il n'exprime pas son but ; le droit est « positif » dès l'instant qu'il est édicté. Loi = Droit.
Conception « dogmatique du droit.
- Conception « pragmatique » du droit : autre philosophie : le droit est un outil (*Toolbox*). Toute norme est interchangeable. Seul compte le résultat. La régulation est conçue par des économistes qui veulent atteindre un **but**.

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation (suite)

A. Les principes directeurs (suite)

2. La normativité des fins

- Déplacement de la normativité de la règle vers la finalité de la règle
- « La fin justifie les moyens »
- Grande puissance du droit de la régulation
- Cumul des pouvoirs au bénéfice du régulateur
- Développement de l'*enforcement* et mesure des résultats
- Nécessité d'explicitier dans la norme les fins poursuivies par la norme

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation (suite)

A. Les principes directeurs (suite)

3. L'auteur légitime pour fixer les fins

- Droit classique : Législateur national élu
- Droit de la régulation : expert de la matière qui trouvera les moyens pour satisfaire pour concrétiser les fins
- Auteur légitime : le régulateur
- Cercle de compétence :
 - Réseau national → régulateur national
 - interconnexion technique → interconnexion des régulateurs nationaux

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation (suite)

B. La palette des fins possibles

1. La concurrence comme finalité dans une régulation transitoire

- La régulation comme moyen de libéralisation des secteurs
- La concurrence, objet des quatre paquets européens de règlements et de directives ferroviaires
- Cour de justice « didacticienne » du lien entre régulation et concurrence
- La bonne régulation est une régulation morte

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation (suite)

B. La palette des fins possibles (suite)

2. La concurrence comme l'un des principes sur le plateau d'une régulation définitive

- La régulation comme équilibre définitif, instable et à long terme
- L'enjeu de déterminer qui tient le fléau de l'équilibre régulateur : Régulateur, Politique ou Juge ?
- Multiplicité des principes qui font l'équilibre face à la concurrence

3. Le développement économique

- Convergence possible entre concurrence et développement économique
- Dissociation entre concurrence, économie industrielle, politique industrielle : les répercussions institutionnelles

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation (suite)

B. La palette des fins possibles (suite)

4. La sécurité et la gestion des risques

- Analogie avec l'énergie, notamment son rapport avec le nucléaire
- Analogie nouvelle avec la finance et le risque systémique
- De la gestion *Ex post* des risques à la prévention *Ex ante* des risques
- Le régulateur fiduciaire

5. Le lien social

- Le transport comme mode « d'inclusion sociale »
- Analogie avec le droit de l'inclusion bancaire
- Politique nationale de la régulation
- Intermodalité politique de la régulation des transports
- Aménagement du territoire, dimension environnementale, etc.

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation (suite)

B. La palette des fins possibles (suite)

6. La construction européenne

- La concurrence crée un espace, ne construit pas l'Europe
- Choc de l'Union bancaire : 24 novembre 2010
- Naissance de l'Europe fédérale bancaire : mars 2014
- Analogie possible en ferroviaire ?

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation

C. Le jeu des fins

1. L'impossibilité d'une fin unique

- Le régulateur est légitime s'il est cadré par une fin unique
- Le Législateur définit soit d'une façon large soit d'une façon multiples les missions du régulateur
- Ex : article 11 de la loi du 6 décembre 2009, *relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaire* :
« l'Autorité de Régulation des activités ferroviaires... concourt au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles du transport ferroviaires au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire.
Elle veille en particulier à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence ».
- Possibilité d'une interprétation large, bien que littérale de la mission du régulateur

I. L'enjeu de savoir vers quoi tend le droit de la régulation

C. Le jeu des fins

2. La nécessité d'éviter la « discrétion du régulateur »

- Possibilité d'un régulateur « créatif » (exemple de la CRE)
- Possibilité d'expression de finalité analogue à celle confiée à d'autres organismes : enjeu de la sécurité (analogie avec l'ACPR / AMF)

3. Le report de l'enjeu du contrôle sur le juge

- Le juge, gardien ou protecteur du régulateur
- La possibilité de mettre en hiérarchie les fins de la régulation (méthode judiciaire)
- La possibilité de mettre en équilibre les fins de la régulation (méthode du Conseil constitutionnel et méthode anglosaxonne)

II. L'enjeu de la répartition des tâches et des pouvoirs pour concrétiser les finalités de la régulation

A. Les opérateurs, comme premières puissances

1. Le droit ne crée pas directement la richesse et l'on ne réforme pas les mœurs par décret

- Différence essentielle entre secteur innovant et secteur non innovant
- Absence de pertinence du « recopiage juridique » du ferroviaire sur les télécommunications
- Faux-ami de l'expression « industrie de réseau »
- Absence de dynamisme des choses et des consommateurs
- Perspective d'influence d'Internet ? (intermodalité des transports et intermédiation des acteurs)

II. L'enjeu de la répartition des tâches et des pouvoirs pour concrétiser les finalités de la régulation (suite)

A. Les opérateurs, comme premières puissances (suite)

2. Du passage du régulateur au prudentiel

- Déplacement de l'ambition du législateur du mécano du secteur vers le mécano des opérateurs : le projet de loi du 16 octobre 2013, concevant un « groupe ferroviaire »
- Analogie avec la régulation « prudentielle » bancaire, la supervision et les normes prudentielles

3. La place renouvelée du contrat

- Le contrat, instrument naturel du marché concurrentiel
- Le contrat, instrument nouveau du droit de la régulation
- Le contrat, expérience acquise du secteur ferroviaire : exemple des contrats entre la SNCF et RFF

II. L'enjeu de la répartition des tâches et des pouvoirs pour concrétiser les finalités de la régulation (suite)

B. Le Deus Ex Machina politique

1. Le politique présent de droit dans le secteur régulé

- Les fins politiques de la régulation
- Présence d'un représentant de l'Etat auprès du régulateur
 - Conception française
 - Conception de la Commission européenne
- Enjeu des avis simples ou des avis conformes du régulateur

2. Le groupe politique présent de fait dans le système de régulation

- L'existence plus ou moins forte d'une adhérence à l'opérateur représentant l'Etat-Nation
- Le service public
- L'Europe comme enjeu politique
 - L'Europe bancaire « réactive »
 - L'Europe unifiée proactive
 - La position d'Habermas du 22 février 2014 : repolitiser le débat européen
 - Contribution du ferroviaire à la construction technique ou politique de l'Europe ?

Conclusion

- Les idées mènent le monde. Qui aurait pu penser que l'Europe fédérale bancaire se construirait la semaine dernière ?
- Eléments déclencheur : prise de conscience des enjeux. La crise a fait construire l'Europe, alors que la monnaie est souveraine.
- Aujourd'hui, le Tribunal constitutionnel allemand par une décision du 7 février 2014 conteste les pouvoirs de la BCE devant la CJUE : c'est le juge qui tient le sort de la régulation, qui tient l'Europe. Il faut anticiper.